



ASOCIACION
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Luis Cáceres Ruiz



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 17. SEPTIEMBRE 2017

REFLEXIONES SOBRE EL CAMBIO DE MODELO DE INSTRUCCIÓN EN ESPAÑA: DEL JUEZ INSTRUCTOR AL FISCAL INVESTIGADOR

ROSA MARÍA FREIRE PÉREZ
Magistrada
Juzgado de Instrucción 32 Madrid

CUESTIÓN DE COMPETENCIA ENTRE FISCALÍA DE MENORES Y JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN: DETENIDO IDENTIFICADO COMO MENOR CUYA EDAD ES PUESTA EN DUDA POR LA FISCALÍA.

ANA ISABEL PÉREZ ASENJO
Magistrada
Juzgado de Instrucción 4 San Sebastián

1. REFLEXIONES SOBRE EL CAMBIO DE MODELO DE INSTRUCCIÓN EN ESPAÑA: DEL JUEZ INSTRUCTOR AL FISCAL INVESTIGADOR

ROSA MARÍA FREIRE PÉREZ
Magistrada

VOCES: Índice de percepción de la corrupción, instrucción, enjuiciamiento, Juez instructor, Ministerio Fiscal, acusación popular, acción penal.

En la sociedad española se percibe la corrupción como un grave problema, con pérdida de confianza en las instituciones. En este contexto son especialmente criticables los intentos de atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal. Dicha potestad, unida a la limitación de la acusación popular, daría lugar a un sistema en el que la fiscalía tenía el pleno control de la acción penal. Se pretende sustituir al juez instructor -imparcial, independiente e inamovible- por el fiscal, sometido a los principios de jerarquía, dependencia y movilidad. Además se produciría una desigualdad en la fase de instrucción entre la defensa y la acusación pública, que instruye a la vez que acusa, sin que se aprecie ninguna ventaja sobre el sistema actual.

El pasado 23 de enero de 2017 se hizo público el Informe de Transparencia Internacional -TI-, organización no gubernamental internacional que se encarga de la evaluación del sector público, en relación al Índice de percepción de la corrupción, en donde se refleja que España ha caído hasta su peor puesto hasta la fecha, desde el 36 hasta el 41, de un total de 176 países examinados¹, circunstancia definida por los autores como “récord histórico”.

¹ “España ha mantenido la puntuación de 2015 y se sitúa con 58 sobre 100. Con ello mantiene la pérdida de dos puntos con respecto al IPC 2014 (que era de 60); la puntuación que recibió en 2013 fue de 59, con una bajada muy fuerte, por ello, tras

En la última evaluación efectuada por el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa -GRECO, creado en 1999 para supervisar la aplicación de las medidas anticorrupción dictadas por el Consejo de Europa-, hecha pública el pasado mes de diciembre de 2016², se puso de manifiesto la pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones, debido en gran medida a la corrupción, y la endeblez del sistema, por la politización en la elección de los miembros del poder judicial, entre otras cuestiones.

En el ámbito nacional según el CIS, la corrupción es el tercer gran problema para los españoles, detrás del paro y de la crisis económica, muy por delante de “drogas”, “infraestructuras”, “inseguridad ciudadana, ” administración de justicia” etc.

En este contexto, el Ministro de Justicia ha iniciado su mandato anunciando en diferentes foros que uno de los proyectos que acometerá durante esta legislatura será la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, empezando por el cambio en la figura que dirige la investigación penal, esto es, la sustitución del Juez de Instrucción por el Fiscal investigador³.

observar los datos de 2014, se soñaba con que retomaríamos la mejora, pero los datos de 2016 no lo expresan.” (...) “Esta puntuación, como ya hemos dicho otros años, supone la continuación en el cambio de ciclo que se inició a partir de la crisis económica, que hizo que España pasase de puntuaciones de 7,1 a puntuaciones inferiores poco a poco (en torno al 6). Situarse en torno al 6 es algo que ya se puede comprobar en los niveles mostrados por España en los años anteriores a 2013, pues arrojaba unas puntuaciones relativamente estables: En 2009 obtuvo una puntuación de 6’1 sobre 10, en 2010 también 6’1 sobre 10, en 2011: 6’2 sobre 10, y en 2012: 65 sobre 100; sin embargo, es cierto que en estas cuatro últimas ediciones ha alcanzado las puntuaciones más bajas en los últimos quince años. Y este año la peor comparativamente.” TRANSPARENCY INTERNACIONAL, «Índice de Percepción de la Corrupción 2016: Urge abordar el círculo vicioso de corrupción y desigualdad» en *transparencia.org*, p. 2-3.

2 GROUP OF STATES AGAINST CORRUPTION (GRECO), «Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors», FOURTH EVALUATION ROUND, COMPLIANCE REPORT, SPAIN, publicado el 10-10-2016.

³ “Señorías, necesitamos –y lo necesitamos con urgencia- impulsar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal” (...). “Muchas son las novedades destacaría, sin duda, el nuevo rol del Ministerio Fiscal como director de la fase e investigación (que sustituiría a la actual de instrucción), en un proceso donde la defensa de derechos y libertades estaría protegida por un juez de garantías.” (...) “El tema ni es nuevo, ni sencillo, pero es verdad que la figura español del juez instructor es un anacronismo en Europa y existe consenso en que ese modelo debe sustituirse por el del fiscal investigador”. Comparecencia del Ministro de Justicia en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados para

Las razones explicitadas de esta “tarea inaplazable” de reforma son básicamente dos:

1º) la agilización del proceso penal, porque el Fiscal se encargaría de recabar las pruebas para el juicio, sin repeticiones.

2º) razones de Derecho comparado, al ser, según el Ministro, el Juez de Instrucción un anacronismo en Europa.

Es la primera vez que un gobierno del Partido Popular defiende sin matices este cambio de modelo.

Curiosamente esto coincide con un período de *contención del gasto* en el Ministerio, reconocido por el propio Ministro. A pesar de ello se obvia hablar del coste de la reforma y/o de la Memoria económica que llevaría aparejada, previsiblemente, dado los cambios estructurales que conllevaría. Quizás se tenga en mente aplicar el mismo sistema que en las últimas reformas del Proceso Penal -plazo de seis meses para la instrucción- que expresamente determinaban que se hacían a COSTE CERO.

Este cambio de modelo incluiría otro cambio sustancial, la limitación o reducción extrema del ejercicio de la Acción particular y popular -por las distorsiones, en este último caso, que crea o ha creado, se dice-.

Planteadas las líneas de la reforma y las razones manifestadas, cabe preguntarse dónde está la ventaja y la modernidad de este cambio de sistema.

La ventaja es clara: el control de la acción penal, apoyada en el principio de dependencia jerárquica y unidad de actuación de la Fiscalía, y la designación política del Fiscal General del Estado como colofón del sistema. De lo que ello significa hemos tenido recientemente noticias: el Fiscal General del Estado impuso su criterio a la hora de decidir la no imputación de un Presidente Autonómico en un caso de

informas sobre las líneas generales de la política de su departamento a desarrollar en la XII legislatura, el cinco de diciembre de 2016.

corrupción en contra del criterio de los fiscales del caso- caso Púnica, seguido ante un Juzgado Central de Instrucción-. El propio Ministro de Justicia cuestionó a estos fiscales “por no acatar el criterio de sus superiores”. La crisis está abierta con peticiones de las asociaciones de fiscales de dimisión del Ministro y de comparecencia del Fiscal General del Estado a sede parlamentaria para dar explicaciones de su actuación.

En un sistema más alejado y más consolidado, también se nos han dado ejemplos recientemente: el presidente de los EEUU, Donald Trump cesó fulminantemente a la Fiscal General por cuestionar su política migratoria.

Frente a esto o quizás por estas “ventajas” , se quiere sustituir al Juez de Instrucción, que es un Juez, miembro del Poder Judicial y por tanto que goza de:

- Independencia.
- Imparcialidad.
- Inamovilidad.

El Juez de Instrucción ocupa en el proceso penal una posición neutral e imparcial en la busca de elementos favorables y desfavorables a los sujetos pasivos del Proceso -artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴-, recaba pruebas de la acusación y de la defensa, en una posición equidistante que le hace verdaderamente imparcial, tutela las intromisiones en los derechos fundamentales con rango constitucional, vela por el respeto de las garantías de los sujetos pasivos del proceso y protege y garantiza los derechos de las víctimas. Y hace de filtro para que se abra juicio solamente cuando los indicios convierten el hecho punible en posible.

4 Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo, y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar mientras no se hallare asistido de defensor.

El sistema de garantías, de defensa, de tutela judicial efectiva se vería seriamente alterado por el cambio de modelo que se propugna.

Porque un fiscal, buscando pruebas para la acusación, ¿mejoraría la posición de la defensa?:

La respuesta es no: el investigado tendrá que pedir las diligencias necesarias para su defensa a quien será su adversario en el juicio.

La falta de igualdad de armas entre el Fiscal Investigador y el Abogado de la defensa, sea particular o de oficio, resulta palmaria.

Los fiscales están sometidos a los principios:

- De jerarquía.
- Unidad de actuación.
- No son independientes.

El cauce para discrepar de órdenes que se consideren improcedentes, vía artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁵, ha sido escasamente utilizado. Conscientes de ello, se habla por parte de algunos fiscales de la necesidad de profundizar en la independencia individual de los Fiscales, de permitir que actúe en conciencia. -Es decir, que sea un Juez de Instrucción, por tanto, pero eso ya lo tenemos...-.

- Es una parte → sostiene la acusación → eso compromete su imparcialidad.

⁵ Uno. El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala.

Dos. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera.

- Su mentalidad, hábitos y su formación se basan en que sus decisiones no son recurribles, sus errores no son jurídicamente relevantes, no están sujetos a responsabilidad civil, ni penal, por prevaricación. Al menos así ha venido siendo, sino sobre el papel, en la práctica, y eso conforma una manera de funcionar.

- No son inamovibles. Es decir, pueden ser apartados de un caso por decisión de su Superior. Es lo que se conoce como avocación.

- Su régimen disciplinario deja en manos del Ministro de Justicia la sanción de separación del servicio, lo cual refuerza la idea de falta de independencia.

Además, se pretende acabar con una particularidad muy sobresaliente de la Justicia penal española, esto es, la que establece que el monopolio de la acción penal no es del Ministerio Fiscal en exclusiva, sino que los perjudicados pueden constituirse en partes acusadoras -acusación particular- y cualquier ciudadano o entidad puede ejercitar la acción popular⁶. Y la historia reciente ha puesto de manifiesto como las acusaciones populares han sido decisivas para la persecución penal de graves delitos cometidos por personas política y económicamente muy poderosas- por ejemplo, caso Bankia, en el que no solo se inició la investigación judicial por querrela de una acusación popular, sino que recientemente se ha imputado a la cúpula del Banco

⁶ *“Por las razones que sean, el abuso o mal uso de la acusación popular ha pervertido el sentido de esta figura constitucional”. (...) “Respecto de la acusación popular, el Tribunal Supremo ha reconocido que, en derecho procesal comparado, la tendencia legislativa en Europa es “sumamente restrictiva”. El Presidente del Consejo General del Poder Judicial, que no olvidemos es la primera autoridad judicial y el máximo representante del Poder Judicial en España, ha señalado de manera expresa y pública -utilizo literalmente sus palabras (abro comillas)- que “la ley debería restringir la acusación popular para poner coto a las actuaciones indebidas”. Hasta el partido socialista, en su última legislatura de gobierno, llegó a proponer la revisión de esta figura, como así se plasmó en el anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Estoy seguro de que podremos llegar a un modelo de concertación, de manera que la acusación popular sea lo que de verdad nuestra Constitución quiso que fuese (un mecanismo de participación de los ciudadanos en la justicia), no un instrumento al servicio de la política, ni de espurios objetivos no judiciales”.* Comparecencia del Ministro de Justicia en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados para informar sobre las líneas generales de la política de su departamento a desarrollar en la XII legislatura, el cinco de diciembre de 2016.

de España por resolución de la Audiencia, que estimó un recurso de la o las acusaciones populares personadas -.

Junto a estas importantes debilidades del nuevo modelo, atinentes a las garantías de los sujetos pasivos del proceso, a su derecho de defensa, a las dificultades de investigar determinados delitos en caso de monopolio de la acción penal por el fiscal, se une otra, que es la protección y adecuado trato a las víctimas, en contradicción con el Estatuto que define sus derechos y su posición en el seno del proceso penal, de conformidad con las Directivas europeas. Si se le da el mismo estatus que tenían hasta la fecha, con las mismas posibilidades de recurrir y de constituirse en parte del proceso, no compensa, y sufriría la tan ansiada agilización del proceso, se dice. Se contempla, por tanto, mermar o limitar su capacidad de defensa.

En resumen, en base a la supuesta celeridad de la investigación penal en manos de los Fiscales, no contrastada con otros sistemas cercanos- los que conocemos de cerca el sistema francés, italiano y portugués podemos dar fe de que no funcionan mejor ni más rápido- se pretende sustituir a un juez independiente, que, con una ausencia de medios notable, articula y sostiene un sistema de garantías para todas las partes del proceso, por un fiscal jerarquizado y sujeto a Instrucciones de sus Superiores, nombrados por el Fiscal General, quien, a su vez, es designado por el Poder Ejecutivo.

Y ello, como se exponía al principio, en un momento en que la ciudadanía muestra su hastío y preocupación por la corrupción, que afecta y ha sentado en el banquillo a políticos, banqueros, miembros de la Casa Real, partidos políticos... ¿Puede considerarse, por tanto, una reforma inocente? ¿Es verdaderamente el problema de la Justicia Penal el Juez de Instrucción o es su independencia lo que perjudica los intereses no confesados de ciertos sectores del orden político y financiero?

Un atentado al Estado de Derecho, así califican algunas autorizadas voces esta reforma en ciernes. Un desapoderamiento del Poder Judicial, cabría añadir. Uno más, éste quizás el más grave y con más incidencia en la democracia y en los derechos de los ciudadanos.



2. CUESTIÓN DE COMPETENCIA ENTRE FISCALÍA DE MENORES Y JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN: DETENIDO IDENTIFICADO COMO MENOR CUYA EDAD ES PUESTA EN DUDA POR LA FISCALÍA.

ANA ISABEL PÉREZ ASENJO
Magistrada

VOCES: Fiscalía de Menores, Juzgado de Instrucción, menor de edad, MENA, determinación de edad, competencia, determinación inicial minoría de edad por policía judicial.

La problemática que se va a tratar de exponer en el presente artículo es la derivada de una disconformidad sobre quién debe conocer de la instrucción de un detenido identificado como menor de edad pero cuya edad se pone en duda por la propia Fiscalía a quien se presenta a disposición para decidir sobre su situación personal. Se plantea el tema desde el punto de vista procesal, cómo dirimir la controversia, desde la perspectiva material y legislación aplicable. Se advierte que la legislación es escasa y aunque la doctrina parece unánime, no se refiere a casos extremos como el planteado.

El supuesto que se plantea es el siguiente: un detenido-investigado en su primera actuación criminal fue identificado como menor apareciendo como tal en el Registro MENA (menor extranjero no acompañado). Consta anteriormente un expediente de determinación de edad para la inclusión del mismo en el RMENA, porque el menor se presentó en Comisaría alegando ser menor de edad, y provocó el inicio del Protocolo de actuación con Menores Extranjeros No Acompañados, poniendo entonces la Policía Municipal actuante en duda la edad del

presentado. Este atestado de protección se presentó en Fiscalía de Menores en el que se acordó la prueba radiológica de determinación de edad, pero no llega a ejecutarse en un primer momento al no localizarse al menor. Posteriormente tampoco se ejecutó, aun cuando lo presentan detenido en al menos dos ocasiones, no solicitando en ningún caso autorización judicial.

Incurso el detenido en varios hechos delictivos, Fiscalía de Menores, se inhibe de los asuntos que se le ponen en conocimiento con este investigado a los Juzgados de Instrucción a los que corresponda por normas de reparto, en base a que la edad no está determinada correctamente y por tanto le corresponde en este caso la instrucción y practicar las diligencias de determinación de edad a los Juzgados de Instrucción, y se basa para ello en los arts. 375 y 775 Ley de Enjuiciamiento Criminal y principalmente en el art. 2.9 del Reglamento de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.

Este artículo en su dicción literal dice:

"9. Cuando la policía judicial investigue a una persona como presunto autor de una infracción penal de cuya minoría de edad se dude y no consten datos que permitan su determinación, se pondrá a disposición de la autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria para que proceda a determinar la identidad y edad del presunto delincuente por las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez acreditada la edad, si esta fuese inferior a los 18 años, se procederá conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores".

La cuestión aquí es que para la policía no había dudas sobre la minoría de edad al momento de comisión de los hechos delictivos, en atención a la inclusión del mismo en el RMENA, y de hecho siempre que habían detenido al sujeto -en al menos tres ocasiones- lo habían puesto a disposición de la Fiscalía de Menores. Digamos que la Fiscalía de

Menores es la que unilateralmente decide poner en duda esta identificación, sin más motivo que su propia apreciación.

La cuestión de la determinación de la edad de los detenidos dentro de la doctrina es clara. Se diferencia entre menores nacionales, fácilmente identificables por sus partidas de nacimiento, en principio; y menores extranjeros. Y entre los menores extranjeros, acompañados o no, se distingue el tratamiento de estos entre menores detenidos por haber participado en una infracción penal o menores no implicados en dichas infracciones. Estos segundos estarían protegidos por la normativa de extranjería, arts. 35 y 92 del Reglamento de Extranjería, que partiendo siempre de su minoría de edad dispone de un sistema de protección a favor de los mismos hasta que se pueda determinar lo contrario en cuanto a la minoría de edad, siendo en todo caso el Ministerio Público el que deberá hacer las averiguaciones pertinentes. Tratándose sin embargo de menores extranjeros indocumentados que hayan cometido una infracción penal y cuya edad no resulte determinada sin dudas se dice que corresponde en todo caso al Juez de Instrucción la práctica de las diligencias necesarias para la determinación de la edad y si practicadas éstas resulta ser menor de edad se deberá remitir el asunto a la Fiscalía de Menores (arts. 375, 775 LECr, y art. 5 Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores).

En este caso es la propia Fiscalía la que pone en duda la identificación del menor iniciado el expediente y una vez puesto el detenido a su disposición, o posteriormente a ello.

Está en el ámbito de sus competencias del Ministerio Fiscal realizar las pruebas radiológicas u óseas para la determinación de edad -conforme al art. 6 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor y el art. 2.10 del Reglamento-, pero mientras llega el resultado, existe una identificación clara de minoría de edad por la que hay que pasar, y en garantía de los derechos del investigado menor de edad, necesariamente hay que entender la presunción de minoría y actuar en consecuencia.

No se puede admitir una interpretación extensiva del citado precepto, puesto que no cumple con la literalidad ni fin del mismo, y supone que Fiscalía de Menores, podría decidir unilateralmente que identificaciones policiales merecen su confianza o no -independientemente de si esas identificaciones hayan sido puestas en dudas por los propios agentes policiales actuantes, y realizadas en el ámbito de sus competencias- y en consecuencia que asuntos decide investigar y en qué momento, obviando los indicios objetivos de minoría de edad sobre personas investigadas por delitos de su competencia y vulnerando garantías procesales de los mismos.

Admitida la competencia por parte de la Fiscalía de Menores, entiendo que esté en sus atribuciones hacer las pruebas que estime oportunas para asegurar la minoría de edad del investigado, solicitando el auxilio del Juez de Menores incluso si el mismo niega su autorización para la realización de las pruebas radiológicas y oseométricas, pero respetando la competencia asumida en base a una identificación policial correctamente hecha. En este sentido el principio in dubio pro reo resulta de aplicación fundamental.

Es interesante atender la Consulta 1/2009 de 10 de noviembre, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, que se decía que:

"...podría afirmarse que su oposición a la práctica de la prueba (radiológica) es injustificada y considerarse como mayor de edad a los efectos del artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, (solución adoptada por la Junta de Fiscales de Menores de Valencia celebrada el día 28 de octubre de 2002), pero habrán de tenerse en cuenta todos los datos recabados, de modo que si todos apuntan a la minoría de edad, deberá establecerse así, a pesar de la posición adoptada por el menor ante el requerimiento a someterse a las pruebas. La orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso, lo que se produciría si operase

automáticamente la negativa a someterse a las pruebas como un contraindicio determinante en su contra."

Y por otro lado tenemos la Circular de la Fiscalía General del estado 1/2000 que establecía en su momento que:

"Si pese al diligente agotamiento de los medios de prueba, subsiste la duda razonable acerca de la minoría de edad del inculpado habrá de aceptarse la remisión a la Fiscalía de Menores, pues ante el riesgo potencial de sujetar a un menor de edad a un sistema procesal y penal legalmente improcedente debe optarse por la solución menos arriesgada, que es la aplicación de las normas reguladora de la responsabilidad penal de los menores".

Si desde el principio hubiera habido dudas por parte de la Policía sobre la edad o datos de filiación del sujeto en ningún caso se pondría en duda la competencia del Juzgado de Instrucción; pero con la identificación realizada por la Policía sin género de dudas, entiendo que no se puede ignorar ni por el Juez de Instrucción, ni por la Fiscalía de Menores esa circunstancia.

Fiscalía de Menores remite sus expedientes mediante decretos de inhibición a los Juzgados de Instrucción del partido judicial, remitiendo los mismos al Juzgado de Guardia para que se turne según las normas de reparto aplicables.

Desde un punto de vista procesal, nos encontramos con que aun cuando la Fiscalía de Menores actúe como un órgano de instrucción no es un órgano equivalente a un Juzgado y no procede por tanto, plantearse la posibilidad de cuestiones de competencia por rechazo de las inhibiciones realizadas. Si el Juzgado de Instrucción no acepta la decisión de la Fiscalía de Menores, la solución procesalmente razonable, siendo un único investigado sería el archivo de las propias actuaciones por ausencia de competencia -resolución recurrible por parte de la Fiscalía- y remisión de testimonio de las actuaciones conforme a lo dispuesto en el art. 16.5 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal

del Menor. Dicho testimonio deberá ser tratado por la Fiscalía de Menores según sus competencias pero no puede ser devuelto, puesto que la decisión jurisdiccional sobre el investigado se resuelve mediante el Auto de archivo que es recurrible, y en caso de disconformidad será la Audiencia Provincial la que decida en apelación, teniendo en cuenta que si la Audiencia Provincial ratifica la decisión de archivo la Fiscalía de Menores deberá estar y pasar por la misma.

En esta remisión, el supuesto problemático se da cuando desde Fiscalía de Menores se remite al Juzgado en funciones de guardia, al sujeto detenido y puesto a su disposición, en los límites temporales de la detención y siendo los hechos graves, incluso susceptibles de acordar una medida cautelar personal de prisión. Al no poder plantearse una cuestión de competencia, que entre juzgados supone que quien se inhibe mantiene la competencia hasta que la remisión es aceptada por el Juzgado que lo recibe, el asunto una vez que el detenido se encuentra encima de la mesa del juez de guardia, obliga a resolver. Tenemos un detenido, que a todas luces con la identificación en el RMENA, es menor de edad, al que no debería ni siquiera tomarse declaración de investigado y menos resolver sobre su situación personal más allá de ponerle en libertad. ¿La solución? Tratar al sujeto como mayor de edad -aceptando la duda sobre la minoría de edad por la vía de los hechos consumados impuesta por la Fiscalía- o archivar por falta de competencia, remitir testimonio a Fiscalía de Menores y asumir las consecuencias y la responsabilidad de no resolver sobre un sujeto de demostrada peligrosidad.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA ROSA QUINTANA, J.M., «La instrucción en el procedimiento de la LORPM, Intervención del Juez de Menores» en *La responsabilidad penal de los Menores: aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de Derecho Judicial n° 3*, 2001.

GARCÍA ESTEBAN, M.D., «Encuentro sobre el Servicio de Guardia en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con competencia en Violencia sobre la Mujer» en *Cuadernos Digitales de Formación n° 2*, 2013.

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., «Protección de los menores extranjeros no acompañados: garantías legales de su repatriación» en *Revista del Poder Judicial n° 86*, 2007.

SUBIÑAS CASTRO, B.I., «Diligencias instructoras restrictivas de derechos fundamentales en el proceso de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor» en *La instrucción en el proceso penal de Menores, Cuadernos Digitales de Formación n° 20*, 2011.